

TRUSTS

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

La postura de la DGRN ante una fundación panameña de derecho privado: la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008 [RJ 2008/627].

La DGRN ha tenido la ocasión de pronunciarse, mediante resolución de 24 de enero de 2008, sobre la posibilidad de inscribir una figura cercana al *trust* anglosajón aunque menos extraña a nuestra tradición jurídica: la fundación de interés privado. Aunque el derecho civil español no admite con carácter general las fundaciones que persiguen fines de interés particular, éstas sí que existen en otros países europeos, como Liechtenstein, Suiza, Alemania o Italia. Y en nuestro país, algunos de sus objetivos se pueden alcanzar a través de la fiducia continuada, figura de derecho foral regulada por la Compilación Navarra (leyes 293-295) bajo el título «De los herederos de confianza», y con la que se puede crear, *mortis causa*, un patrimonio autónomo afectado de modo duradero al cumplimiento de fines de interés privado (CAMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996, pp.1311 ss.).

En el supuesto aquí comentado, «Best Brothers Foundation» es una fundación de interés privado, constituida según el derecho de Panamá y que tiene como objetivo la conservación y administración del patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores.

En Panamá, este tipo de fundaciones se encuentran reguladas por la ley núm. 25, de 12 de junio de 1995, *por la cual se regulan las Fundaciones de Interés Privado*, inspirada en las fundaciones familiares o mixtas de Liechtenstein (*Stiftung*) y en la figura anglosajona del *Trust*, tal y como se encuentra regulada en las legislaciones del Caribe, Jersey y Guernsey. La Fundación panameña de interés privado se utiliza habitualmente como instrumento de planificación familiar o transferencia privada de bienes del fundador a sus beneficiarios o herederos. Otro de sus usos es el de la protección de bienes o activos. La formación de la fundación permite separar ciertos bienes del patrimonio personal del fundador (art. 11 de la ley núm. 25), sin dejar de proteger por ello a sus acreedores. Si el aporte de bienes es fraudulento, los perjudicados tienen tres años para impugnarlo (art.15 de la ley núm. 25).

En este caso, la propia representante de la fundación había donado a la misma varias fincas rústicas radicadas en la Comunidad de Galicia. Presentada la escritura en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por considerar que la escritura de constitución de la fundación tiene dos defectos. Uno, insubsanable, pues se trata de una fundación de interés privado; y, un segundo, subsanable, que consiste en no haber acreditado la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones competente.

De acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, *de Fundaciones de competencia estatal* (en adelante, LF), las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España

* Prof. contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

han de mantener una delegación en territorio español e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente, según el ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades. Y para ello, deben acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente su válida constitución con arreglo a su ley personal, pudiendo denegarse la inscripción cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

De las dos obligaciones que –*ex art. 7.1 LF.*– han de cumplir las fundaciones extranjeras para ejercer sus actividades en España, el establecimiento de una delegación en nuestro país y la inscripción en el Registro correspondiente, el Registrador sólo discute el cumplimiento de la segunda. De ahí que, en el recurso contra la calificación registral, el Notario autorizante de la escritura centre sus objeciones en que no es necesario que las fundaciones extranjeras se inscriban en el Registro de fundaciones español para poder adquirir bienes en nuestro país: «(...) *en la escritura y en la inscripción debe suprimirse de la denominación de la entidad la palabra “Fundación”, no siendo admisible la nulidad de pleno derecho de la donación, ni que la entidad carezca en España de personalidad jurídica, ni que sea contraria al orden público español, ya que podrá denegarse su inscripción en el Registro de Fundaciones, pero subsiste su personalidad jurídica si ha sido válidamente constituida con arreglo a su Ley personal, y si subsiste su personalidad jurídica es claro que puede adquirir y poseer bienes de todas clases conforme a las Leyes y reglas de su constitución (38 CC) y, en su consecuencia, inscribirlos en el Registro de la Propiedad español.*».

La DGRN desestima el recurso. Considera que «(...) *de la propia esencia del derecho –de propiedad– adquirido (de que es sobradamente conocida su característica de perpetuidad) se deriva una clara vocación de estabilidad –por no hablar de permanencia– en lo relativo, por ejemplo, a todas aquellas obligaciones –crecientes dicho sea de paso– que legalmente vengan establecidas por las normas españolas de aplicación territorial y se deriven precisamente (...) de esa finalidad que aparece reseñada en la escritura como propia de la entidad donataria (“...el fin de la fundación es la conservación de los activos y llevar a cabo la administración y gestión del patrimonio asignado...”).* Siendo por tanto ineludible ese control previo de legalidad que desembocará, en su caso, en la inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente, sin cumplir tal requisito no cabrá que la escritura otorgada (sobre cuya validez sustantiva este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse) pueda acceder al Registro de la Propiedad». Añade el Centro Directivo que «(...) *en modo alguno cabe sostener, tal y como hace el notario en su recurso, que aun eliminando la palabra “fundación” de la denominación de la entidad donataria puede inscribirse su adquisición dominical –entre otras razones porque habría que preguntarse en favor de quién–, toda vez que es evidente que ello implicaría la aparición en escena de un sujeto de derecho (y obviamente un titular registral tras la inscripción) diferente del que se consignó en el título presentado, que es al fin y a la postre lo que el registrador califica y, en su caso, accede al Registro (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).*».

Sin duda, no es cometido del Registrador el de recalificar la naturaleza de los sujetos de derecho que otorgan los actos, aunque la función desempeñada por los mismos en el tráfico jurídico se asemeje más a la de otras instituciones españolas que a la acuñada en nuestro derecho con el mismo nombre. Ahora bien, también es indudable que, a diferencia de la inscripción de las fundaciones españolas, la inscripción de las fundaciones extranjeras –aunque

desarrollen habitualmente sus actividades en España— no es a efectos constitutivos. Si la fundación ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal, su reconocimiento en España no atenta contra nuestro orden público y la entidad no actúa principalmente en España (lo que contravendría el art. 6.1 LF), deberá reconocerse la misma como sujeto de derechos y obligaciones.

En este caso, por una parte el Centro Directivo presupone la válida constitución de la fundación ya que afirma, refiriéndose a Notario y Registrador, que «(...) dichos funcionarios tampoco parecen albergar duda alguna sobre la legal constitución de la entidad donataria a la vista de la legislación panameña que resultaría *prima facie* aplicable (básicamente la Ley núm. 25 de 12 de junio de 1995, reguladora de las Fundaciones de Interés Privado)». Por otra parte, una entidad constituida con el objetivo de conservar y administrar el patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores, no contraviene, *per se*, ningún principio del orden público español.

No se comparte la afirmación de la DGRN cuando afirma que «los rasgos esenciales de la persona jurídica fundación en el ordenamiento jurídico español», «pueden ser considerados de orden público, básicamente en orden a la aplicación del artículo 12.3 del Código Civil». Aunque el artículo 34 CE reconoce el derecho a coadyuvar a la satisfacción del interés general por medio del establecimiento de fundaciones, ello no implica, a falta de prohibición expresa, que no puedan operar en nuestro país fundaciones familiares extranjeras que desempeñen actividades lícitas. Se les llame o no fundaciones, ya existen figuras en España, como la fiducia continuada aragonesa, que permiten alcanzar los mismos resultados que las fundaciones familiares y nadie pone en entredicho su conformidad con el orden público. Administrar y preservar el patrimonio familiar en beneficio de varias generaciones no es incompatible con los principios vigentes en derecho español. Del mismo modo que tampoco lo es con los principios vigentes en derecho alemán o italiano, donde se admiten tales fundaciones. Salvaguardados, por una parte, los derechos de los legitimarios y los intereses de los acreedores frente a las aportaciones fraudulentas que se hagan al patrimonio fundacional y prohibida, por otra parte, la posibilidad de instaurar vinculaciones más allá del límite de las sustituciones fideicomisarias, sólo cabe erigir la barrera del orden público frente a fundaciones que persigan objetivos ilícitos o que encubran actividades delictivas.

Finalmente, no parece discutirse que la actividad de gestión de interés particular, desarrollada por «*Best Brothers Foundation*», en España, no constituye su actividad principal. Luego tampoco podemos considerar que estamos ante una fundación española defectuosamente constituida. «*Best Brothers Foundation*» es una fundación extranjera, válidamente constituida con arreglo al derecho de Panamá y que desarrolla de forma habitual actividades lícitas en España.

La no inscripción en el Registro de Fundaciones español impedirá, tal y como mantiene la resolución comentada, que la fundación «pueda utilizar tal nombre con propiedad». El artículo 7.3 LF dice expresamente que «Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de Fundación.» Ello conlleva la imposibilidad de beneficiarse de las especiales ventajas con las que actúan estas entidades, fundamentalmente en el ámbito fiscal y en materia de subvenciones, y la imposibilidad de oponer a terceros los actos sujetos a inscrip-

ción en el Registro de Fundaciones (art. 24 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal*. Cosa bien distinta es el no reconocimiento de la fundación y la imposibilidad de que ésta actúe en nuestro territorio (María de Prada, Pau Pedrón, Campuzano Díaz, Gardeñes Santiago. *Vid.* Palao Moreno, «Fundaciones extranjeras», en Olavaria Iglesia (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 217-218).

En este sentido –aunque no sea en nuestro caso norma vinculante–, el *Convenio de la Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras*, de 1 de junio de 1956, ratificado por Bélgica, Francia y Países Bajos y firmado por España y Luxemburgo prevé, expresamente, en su artículo 5 que «*El reconocimiento de la personalidad jurídica (de las sociedades, asociaciones y fundaciones) implicará la capacidad que le confiera la ley en virtud de la cual se adquirió dicha personalidad. Sin embargo, podrán denegarse los derechos que la ley del Estado que reconozca no conceda a las sociedades, asociaciones y fundaciones del tipo correspondiente.*»

No vemos razón alguna para que «Best Brothers Foundation», persona jurídica válidamente constituida con arreglo a su ley personal (art. 9.11 CC), no pueda transmitir o recibir bienes inmuebles radicados en España, ya sea a título oneroso o gratuito. Por lo que respecta a los aspectos jurídico-reales, es cierto que la ley del lugar (art. 10.1 CC), es decir la española, no reconoce las fundaciones españolas de interés privado pero esto no significa que no reconozca las extranjeras cuando éstas hayan sido válidamente constituidas con arreglo a su ley personal, máxime cuando la LF ni siquiera distingue entre fundaciones de países comunitarios y no comunitarios. ¿Debemos entender que las fundaciones de interés privado alemanas, válidamente constituidas con arreglo al Derecho alemán pero no inscritas en el Registro de Fundaciones español, no pueden adquirir bienes en España e inscribir el título adquisitivo en el Registro de la Propiedad?

Es evidente que el reconocimiento debe ir acompañado de la posibilidad de inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad (así se entiende, por ejemplo, por lo que respecta a la figura anglosajona del *trust*, en el artículo 12 del *Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*, de 1.º de julio de 1985). La inscripción no podrá hacerse utilizando la denominación de *Fundación* pero sí la de «Fundación panameña de interés privado» o simplemente la de «Fundación de interés privado».

En Derecho inglés, los fines propios de las fundaciones se desarrollan frecuentemente a través de la figura del *trust*, lo que acarrea problemas cuando los bienes del *trust* se encuentran en España debido al desconocimiento de la figura anglosajona en derecho español. La institución del *trust* plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter previo al problema de su reconocimiento, el de la calificación de la figura y consiguiente determinación de la norma de conflicto aplicable. Vimos en la anterior crónica, publicada en esta Sección, cuáles son las dificultades ocasionadas por la ausencia en DIP español de una norma de conflicto específica en materia de *trust*. Sin embargo, en el supuesto de las fundaciones, la calificación –a la que se supedita como es lógico el reconocimiento– no plantea problema alguno ya que, al tratarse de una persona jurídica, es indudable la aplicación de la ley de la nacionalidad para determinar –*ex art. 9.11 CC*– todo lo relativo a «*capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*». Aplicada dicha ley (en nuestro caso la panameña) y determinada por el

Notario la válida constitución con arreglo al derecho extranjero (en este caso, así ha sido), el reconocimiento debería encontrar como único límite el del orden público español, en el sentido anteriormente propuesto.

La RDGRN de 24 de enero de 2008 constituye un caso más de recelo ante una institución extranjera, utilizada en ocasiones, es cierto, para alcanzar fines fraudulentos (principalmente en el ámbito fiscal) pero en ningún caso incompatible, por sí misma, con nuestros principios jurídicos o nuestro concepto de orden público. La desconfianza ante las fundaciones familiares es difícilmente conciliable con la necesidad de una mayor iniciativa privada en el cuidado de familiares especialmente vulnerables (discapacitados, menores de edad, ancianos) y con un contexto de sociedad globalizada donde erigir barreras legales, sin que sea realmente necesario, puede ahuyentar a mecenas e inversores hacia países más receptivos.